Stellvertretung und kanonisches Eherecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der theologischen Doktorwürde

der

Hochwürdigen Katholisch-theologischen Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Anton Kradepohl

Domvikar

Bischöfl. Geheimkaplan und Bistumssekretär in Aachen

1 9 3 9

Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn a. Rh.

Berichter: Prof. Dr. A. M. Koeniger
Mitberichter: Dozent Dr. Th. Gottlob

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Mit Genehmigung der Hochwürdigen Katholisch-theologischen Fakultät gelangt hier nur ein Teil der Dissertation zum Abdruck. Die ganze Arbeit erscheint gleichzeitig in: „Kanonistische Studien und Texte", herausgegeben von Prof. Dr. Albert M. Koeniger als Band 17 im Verlag von Ludwig Röhrscheid, Bonn.

Druck: Ludwig Leopold, Bonn

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis III
Schrifttum V

Einleitung

Der Vertragscharakter der Ehe im kanonischen Recht . . . 1

I. Teil

Grundzüge der Stellvertretung überhaupt

1. Kapitel

Allgemeines

1. Wesen und Arten der Stellvertretung 6
2. Stellvertretungstheorien 11

2. Kapitel

Die Stellvertretung im römischen Recht

1. Fehlen der unmittelbaren Stellvertretung im römischen Zivilrecht 13
2. Begrenzte Zulässigkeit der Stellvertretung im Formularprozeß . 18
3. Uneingeschränkte Zulässigkeit der Stellvertretung im späteren gemeinen Recht — Das Deutsche Recht 23

3. Kapitel

Die Stellvertretung im kanonischen Recht

1. Entwicklung bis zur Gregoriana . . . . . .
2. Von der Gregoriana bis zum Kodex . . . . . .
3. Das neue Gesetzbuch des Kodex . . . . . .

II. Teil

Stellvertretung im kanonischen Eherecht

1. Kapitel

Geschichtliche Entwicklung

1. Grundlegende Gedanken aus dem römischen Recht . . .
2. Das kanonische Recht bis zu Bonifatius VIII. . . . .
3. Die Stellvertretung bei der Ehe gemäß Bonifatius VIII . .
4. Die Anschauung über Stellvertretung bei den späteren Kanonisten
§ 1 Voraussetzungen des gültigen und erlaubten Eheabschlusses
a) auf Seiten des Mandans und Prokurators . . . .
b) hinsichtlich des Mandats und der Form der Konsensabgabe
§ 2 Rechtswirkungen der stellvertretenden Konsensabgabe .
§ 3 Sakramentscharakter der durch Stellvertretung geschlossenen Ehe . . . . . .
§ 4 Beispiele von Stellvertretung beim Eheabschluß . . .

2. Kapitel

Das geltende Recht

1. Voraussetzungen zum gültigen Eheabschluß durch Stellvertretung
§ 1 Auf Seiten des Mandans . . . . . .
§ 2 Auf Seiten des Prokurators . . . . . .
§ 3 Hinsichtlich der Vollmacht . . . . . .
2. Erfordernisse zum erlaubten Eheabschluß durch Stellvertretung
§ 1 Gerechter Grund . . . . . .
§ 2 Feststellung der Echtheit des Mandats . . . . .
§ 3 Erlaubnis des Ordinarius . . . . . .
3. Die noch geltenden Diözesanvorschriften — Konkordatsrecht
4. Bedeutung des Eheabschlusses durch Stellvertreter für die seelsorgliche Praxis . . . . . .

Anhang

Zivilrechtsvorschriften im modernen bürgerlichen Recht . . .

Schrifttum

1. Quellen

Abbo Floriacensis, Collectio canonum (Migne PL. 139, Sp. 473–508)

Acta Apostolicae Sedis, Commentarium officiale, Romae 1909 ff. (zit. AAS.)

Acta et Decreta Sacrorum Conciliorum recentiorum, 7 Bde., Friburgi 1870/90 (zit.: Collectio Lacensis)

Acta Sanctae Sedis, 41 Bde., Romae 1865—1908, mit Index generalis 1909 (zit.: ASS.)

Anselm v. Lucca, Collectio canonum ed. Thaner Fr., Oeniponte 1906

Anweisung für die geistlichen Gerichte des Kaisertums Österreich in Betreff der Ehesachen 8. X. 1856 (ArchkKR. 1, 1857, LVIII ff.), auch separat (o. J.)

Bernardus Papiensis, Summa decretalium ed. Laspeyres E. A. Th., Ratisbonae 1860

Benedikt XIV., De synodo dioecesana, in der Ausg. Opera omnia, XI Prati, 1844

Benedikt Levita, Kapitularien (MG LL. II)

Burchard v. Worms, Dekret (Migne PL. 140)

Codex iuris canonici cum fontium annotatione, Romae 1918

Corpus iuris canonici una cum glossis, Lugduni 1584 — ed. Friedberg E., 2 Bde., Lipsiae 1879/82 (Neudruck 1922 u. 1928)

Corpus iuris civilis I^{15} ed. Krueger P., Berolini 1928, II^{10} ed. Krueger P., Berolini 1929, III^{5} ed. Schoell R., abs. Kroll G., Berolini 1928

Durantis Guilelmus, Speculum iudiciale cum repertorio iuris, 2 Bde., Basileae 1563

Fontes Codicis iuris canonici ed. Gasparri P., cont. Serédi, 8 Bde., Romae 1923/38

Friedberg E., Quinque compilationes antiquae, Lipsiae 1882 — Die Canones-Sammlungen zwischen Gratian u. Bernhard v. Pavia, Leipzig 1897

Goffredus de Trano, Summa super titulos decretalium, Coloniae 1488

Hostiensis, Summa aurea, Venetiis 1570 — Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinque libris Decretalium, 2 Bde., Argentine 1512

Innocentius IV., Apparatus in 5 libros decretalium, Venetiis 1481

Instructio S. C. de disciplina Sacramentorum servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum 15. VIII. 1936 (AAS. 28, 1936, 313–361, auch separat). Übersetzt von Koeniger, Eheprozeßordnung, Bonn 1937

Ivo v. Chartres (Migne PL 161)

Jaffé Ph., Regesta Pontificum Romanorum[2], 2 Bde., Lipsiae 1885—1888
Monumenta Germaniae historica, Const. II, Hannover 1896
Panormitani commentaria seu lectura in quinque libros Decretalium et Repertorium I, 1–2; III, Venetiis 1578
Paucapalea, Summa ed. Schulte J. Fr. v., Gießen 1890
Potthast A., Regesta Pontificum Romanorum 1198—1304, 2 Bde., Berolini 1874/75
Ps.-Isidorianae Decretales ed. Hinschius P., Lipsiae 1863
Regesta imperii V 2, hgg. v. Böhmer J. F., nhgg. v. Ficker J. u. Winkelmann E., Innsbruck 1882
Richter Ae. L. – Schulte Fr., Canones et decreta Concilii Tridentini, Lipsiae 1853
Robertus Flamesburiensis, Summa de matrimonio et usuris ed. Schulte J. Fr. von, Gießen 1868
Rolandus, Die Summa magistri R. nachmals Papstes Alexander III., hgg. von Thaner Fr., Innsbruck 1874 — Sentenzen ed. Gietl, Freiburg 1891
Rufinus, Die Summa Decretorum des Magister R. hgg. von Singer H., Paderborn 1902
Singer H., Die Dekretalensammlung des Bernardus Compostellanus ant., Wien 1914
Stephanus Tornac., Summa, hgg. v. Schulte J. F. v., Gießen 1891
Tancred, Summa de matrimonio ed. Wunderlich A., Göttingen 1841
Thesaurus Resolutionum S. C. Concilii, 27 Bde., Urbini 1739/58 (zit. Thesaurus) — ed. Mühlbauer W., 5 Bde., Monachii 1872/89
Zivilgesetze der Gegenwart, Berlin I 1932, III 1928

2. Darstellungen

Amira K. v., Grundriß des germ. Rechts[3], Straßburg 1913 (Neudruck 1919)
Ariens A. W. K., De nuptiis, quae per procuratorem contrahuntur, Trajecti 1841
Augustine Ch., A Commentary on the new Code of canon Law, V[4], St. Louis-London 1929
Bancarel J., Le Mariage entre Absents en Droit Canonique (Thèse), Toulouse 1919
Bergmann A., Aegypten (Zeitschr. f. Standesamtswesen 7, 1927, 208ff.) — Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Berlin I, II 1926, III 1928
Blat A., Commentarium textus CJC., III 1 Romae 1924
Blum, Le mariage par procuration (Nouvelle Revue historique de droit français et étranger 40, Paris 1917, 384ff.)
Boehmer J. H., Ius ecclesiasticum protestantium, Halae Magdeburgiae I[4], 1738; II, 1737; III[3]1736; IV[2], 1733; V, 1736
Boekhout P., Europa's Huwelijkswetten, den Haag 1931
Boudinhon A., Le mariage par procureur (Le Canoniste contemporain 38, Paris 1915, 129–142)

Brandis W., Eheschließung durch Stellvertreter (Zeitschrift für Standesamtswesen 7, 1927, 131 ff.)
Brunner H., Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig I², 1906, II² (hgg. v. Frh. v. Schwerin) 1928
Buchka H., Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852
Cappello F. M., Tractatus canonico-moralis de sacramentis III³, Romae 1933
Castellano J., Il matrimonio per procura nel diritto canonico (Il diritto concordatario 2, 1937, 187/96
Coninck Ae., Bellanus de sacramentis ac censuris, Antwerpen 1624
Conrat M., Der westgotische Paulus, Amsterdam 1907
Coronata M. Conte a, Institutiones iuris canonici, 5 Bde., Taurini 1928/36
Crome C., Grundzüge des röm. Privatrechts, Bonn 1920
Czyhlarz K. v., Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts¹⁹, hgg. von Marian san Nicolò, Wien 1933
Dauvillier J., Le mariage dans le droit classique de l'église, Paris 1933
Dernburg H., Pandekten, Berlin I⁷ 1902; I⁶ 1900; II⁶ 1900; III⁶ 1901
Du Cange, Glossarium mediae et infimae Latinitatis, 10 Bde., Niort 1883/87
Eichmann E., Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex iuris canonici⁴, 2 Bde., Paderborn 1934
Esmein A., Le mariage en Droit canonique², 2 Bde., Paris 1929/35
Fanelli N., Il matrimonio per procura (Palestro del clero 14, 1935, 417/20
Ferraris F. L., Bibliotheca, 9 Bde., Romae 1885/99
Freisen J., Gesch. d. kanonischen Eherechts, Paderborn, 2. Ausg. 1893 — Das Eheschließungsrecht in Spanien, Großbritannien und Irland und Skandinavien .... in geschichtlicher Entwicklung, 2 Bde., Paderborn 1918/9.
Gasparri P., Tractatus canonicus de matrimonio, Editio nova, 2 Bde., Città del Vat. 1932
Gierke O., Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde., Berlin 1868—1913 (2. Neudruck von Bd. I—III 1925)
Girard P. Fr., Geschichte und System des römischen Rechts, Berlin 1908
Giudice A. V. Del, Istituzioni di Diritto Canonico, 2 Bde., Milano 1932 (neue Aufl. 1936 stand nicht zur Verfügung)
Graesse J. G. Th., Orbis Latinus³ ed. Benedict Fr., Berolini 1922
Grimm J., Deutsche Rechtsaltertümer⁴, 2 Bde., Leipzig 1899 (Neudruck 1922)
Haring J., Zuviel und zuwenig zum Eheabschluß durch Stellvertretung (Theol. praktische Quartalsschrift 87, 1934, 378) — Kommentar z. österr. Eheinstruktion, Innsbruck 1937
Heusler A., Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1185
Hohenlohe C., Grundlegende Fragen des Kirchenrechts, Wien 1931 — Einfluß des Christentums auf das Corpus j. civ., Wien 1937
Jacobi E., Der Prozeß im Decretum Gratiani und bei den ältesten Dekretisten (Z³ SavRG. 3, 1913, 223–343)

Joyce G. H., Die christliche Ehe, Leipzig 1934

Karlowa O., Römische Rechtsgeschichte II 1, Leipig 1901

Keßler P. J., Die Entwicklung der Formvorschriften für die kanonische Eheschließung, Iur. Diss. Bonn 1934 (Teildruck; mehr nicht erschienen)

Kienitz E. v., Der Generalvikar und Offizial auf Grund des CIC, Freiburg 1931

Knecht A., Handbuch des kath. Eherechts, Freiburg 1928

Koeniger A. M., Burchard I. v. Worms, München 1905 — Grundriß einer Gesch. d. kath. Kirchenrechts, Köln 1919 — Katholisches Kirchenrecht, Freiburg 1926 — Die Eheprozeßordnung für die Diözesangerichte (Kanonistische Studien und Texte, hgg. von Koeniger A. M. 11), Bonn 1937

Köstler R., Die väterl. Ehebewilligung (Kirchenr. Abh., hgg. v. Stutz U. 51), Stuttgart 1908 — Das österr. Konkordatseherecht, Wien 1937

Kurtscheid B., De effectibus iuridicis sponsalium (Apoll. 11, 1938, 36/70)

Kutschker J., Das Eherecht der katholischen Kirche nach seiner Theorie und Praxis, 5 Bde., Wien 1856/57

Lardone G., Il matrimonio per procura (Perfice munus 1933, 227 f.)

Ledesma P., Tractatus de magno matrimonii sacramento, Venetiis 1595

Leitner M., Lehrbuch des kath. Eherecht[3], Paderborn 1920

Leske-Loewenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, IV 1: Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien[2], Berlin 1937

Lexicon totius latinitatis ed. Forcellini E., III, Lipsiae 1839

Ligouri A. de, Theologia moralis ed. Gaudé P. L. editio nova, 4 Bde., Romae 1905/12

Linneborn J., Grundriß des Eherechts nach dem CJC[4—5], Paderborn 1933

Lombardii C., De matrimonio per procuratorem, nuncium, interpretem etc. (ASS. 37, 1904/5, 410/20)

Lucasse C., Over het huwelijk bij volmacht, Leiden 1879

Ludewig J. P., De matrimoniis principum per procuratores, Halae Vendorum 1724;[2] Halae Salicae 1736

Maroto Ph., De matrimoniis per procuram in Italia (Apoll. 5, 1932, 414/8)

Mitteis L., Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1885

Móra M., Die Frage des Zivilprozesses und der Beweislast bei Gratian, Pécs 1937

Mulder W., De aanwijzing van den lasthebber bij het huwelijk per procuratorem (Nederl. kath. Stemmen 1936, 53 ff.)

Müller P., De matrimonio absentium[2], Jena 1722

Müssener H., Das kath. Eherecht in der Seelsorgspraxis[2], Düsseldorf 1933

Nicolai J., Disquisitio de chirothecarum usu et abusu, Giessae 1701

Plöchl W., Das Eherecht des Mag. Gratianus (Wiener staats- u. rechtswiss. Studien 24), Leipzig u. Wien 1935
Portmann H., Wesen u. Unauflösl. d. Ehe ... d. 11. u. 12. Jhdts., Emsdetten 1938
Puchta G. F., Cursus der Institutionen[9], hgg. v. Krueger P., I Lipsiae 1881
Reiffenstuel F. A., Ius Canonicum universum I, Monachij 1702
Richter Aem. L., Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts[8], hgg. v. Dove R. – Kahl W., Leipzig 1886
Roberti Fr., De Processibus, 2 Teile, Romae 1926 (2. Aufl. war nicht zugänglich)
Rosset M., De sacramento matrimonii, 6 Bde., Paris 1895/6
Sägmüller J. B., Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts[3], 2 Bde., Freiburg 1914; Heft 1–4[4], 1925/34
Salmanticensis Collegii Cursus Theologiae moralis, Venetiis 1728
Sanchez Th., De sancto matrimonii sacramento disputationum, 3 Teile, Antwerpen 1706
Schäfer Th., Das Eherecht nach dem CIC.[8–9], Münster 1924
Scharnagl A., Kath. Eherecht, München 1935
Scherer R. v., Handbuch des Kirchenrechts, 2 Bde., Graz 1886/98 (Neudruck 1905) — Über das Eherecht bei Benedikt Levita u. Pseudoisidor, Graz 1879
Schlossmann L., Die Lehre von der Stellvertretung, 2 Bde., Leipzig 1900/02
Schmalzgrueber Fr., Ius ecclesiasticum universum I, Ingolstadii 1728
Schmier Fr., Iurisprudentia canonico-civilis seu Ius canonicum universum, 3 Bde., Salisburgi 1716
Schnitzer J., Katholisches Eherecht, Freiburg 1898
Schönsteiner F., Grundriß des kirchlichen Eherechts[2], Wien 1937
Schöpffer J. J., De matrimonio per substitutum contracto, Rostock 1709
Schröder R., Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte[7], hgg. von Frh. v. Künßberg E., Leipzig 1932
Schulte J. Fr. v., Die Geschichte der Quellen und Literatur des kanonischen Rechts, 3 Bde., Stuttgart 1875/80. — Handbuch des katholischen Eherechts, Gießen 1855
Schwerin Cl. Frh. v., Quellen zur Geschichte der Eheschließung (Juristische Texte für Vorlesungen und Übungen, hgg. v. Schulz Fr. u. Schwerin Cl. von)[2], Bonn 1930
Silbernagl J., Lehrbuch des kath. Kirchenrechts[4], Regensburg 1903
Sipos St., Enchiridion Iuris canonici[3], Pécs 1936
Smet A. de, Tractatus theologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio[4], Brugis 1927
Sohm R. – Mitteis L. – Wenger L., Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts[17], München 1923 (18. Aufl. stand nicht z. Verf.)
Stobbe O., Handbuch des deutschen Privatrechts, 5 Bde., Berlin 1882/85

Triebs Fr., Handbuch des geltenden kanonischen Eherechts, 4 Tle., Breslau 1925/32
Vering H., Lehrbuch des kath., orient. u. protest. Kirchenrechts[3], Freiburg 1893
Vermeersch A. – Creusen J., Epitome iuris canonici[5], 3 Bde., Romae 1933/36
Volhardus G., De Procuratoribus, Disputatio iuridica legalis, Genae 1614.
Wenger L., Die Stellvertretung im Rechte der Papyri, Leipzig 1906
Wernz Fr. – Vidal P., Ius Canonicum, Romae II[2] u. V[2], 1928; VI, 1927
Windscheid B., Lehrbuch des Pandektenrechts[8], 3 Bde., hgg. v. Kipp Th., Frankfurta. M. 1900/01
Zhishman Jos., Das Eherecht der orientalischen Kirche, Wien 1864
Zycha A., Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, Weimar 1937

Einleitung

Der Vertragscharakter der Ehe

Die Ehe als die in der Menschennatur begründete, rechtmäßige Verbindung eines Mannes mit einer Frau zur dauernden Leibes- und Lebensgemeinschaft, kommt durch ein Rechtsgeschäft, einen Vertrag zustande. In dem Augenblick, wo zwei individuell ganz bestimmte, ehefähige Personen verschiedenen Geschlechts in gesetzlich vorgeschriebener Form ihre übereinstimmende Willenserklärung abgeben, die Ehe miteinander einzugehen, schließen sie den Ehevertrag.[1])

Vertrag ist der Rechtsausdruck für das zweiseitige Rechtsgeschäft, das auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet ist, die die Rechtsordnung deswegen eintreten läßt, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist. Beim Vertrag liegt nicht eine bloße Übereinstimmung der Erklärung vor, sondern eine Willensvereinigung, d. h., jede der Erklärungen muß mit Beziehung auf den anderen abgegeben werden. Die inhaltlich übereinstimmenden Willensentschließungen müssen in gesetzlicher Form nach außen hin erkennbar gemacht werden.[2])

In seiner Regelung und Hinordnung auf die Zwecke der Gesellschaft bedarf der Geschlechtstrieb der rechtlichen Normierung. Sollen die sittlichen Ehenormen für die Gesamtheit Wert haben, so bedürfen sie der Bestätigung und des Rechtschutzes durch die Gesellschaft selbst.[3])

Der Ehevertrag trägt nicht nur privatrechtlichen Charakter, sondern hat auch ethische und soziale Bedeutung. Indem Inhalt und Dauer der Willkür der Vertragschließenden entzogen und

---

1) Triebs Fr., Handbuch des kanonischen Eherechts III, Breslau 1929, 437.

2) Triebs, Eherecht III 439.

3) Heyer F. im Staatslexikon I[5], Freiburg 1926, 1540; Heck P., Der Eheverteidiger im kanonischen Eheprozeß (Kanonist. Studien u. Texte, hgg. von Koeniger A. M., Bd. 12), Bonn 1937, 2f.

der öffentlichen Gewalt unterstellt sind, ist die Ehe als öffentlich-rechtliche Einrichtung zu bezeichnen. Es kann von einem Lebensverhältnis gesprochen werden, das vorwiegend vom Standpunkte des öffentlichen Rechts von Bedeutung ist, das allerdings nur durch die freie Willenserklärung der zukünftigen Gatten, d. h., durch einen Vertrag geschlossen wird. Es geht also nicht an, die Ehe als einen Vertrag schlechthin anzusehen.[4])

Die Ehe ist vielmehr ein Vertrag ganz besonderer Art, von allen anderen Verträgen verschieden. Nicht nur als heiliger und religiöser Vertrag unterscheidet sich der Ehevertrag von allen anderen Verträgen, es lassen sich noch weitere Unterscheidungsmerkmale für ihn anführen. Die Ehe ist in der Natur des Menschen selbst begründet und auf das Wohl der ganzen Menschheit gerichtet.[5]) Sie kann daher nur zwischen einem Manne und einer Frau, nicht gleichgeschlechtlich, zustande kommen. Der eheliche Konsens läßt sich auch durch keine menschliche Macht ersetzen. Ebensowenig beruht er bloß auf einseitigem Vertragswillen, sein Bestand hängt vielmehr notwendigerweise von beiderseitiger Willenserklärung ab. Während bei den übrigen Verträgen die Bestimmung des Vertragsobjekts, die Vertragswirkung und seine Verpflichtung dem privaten Gutdünken überlassen bleiben, ist beim Ehevertrag von selbst alles hinsichtlich der Vertragssubstanz naturgemäß festgelegt und nichts in dieser Hinsicht ist dem Gutdünken oder der Willkür der Vertragschließenden anheimgestellt.

Die Ehe ist weiterhin ein für immer bindender, unauflöslicher Vertrag, der bis zum Tode der beiden Parteien andauert. Daher kann das Eheband nicht durch beiderseitigen Konsens oder auf andere Weise gelöst werden, es sei denn, daß es sich um eine zwar gültige, aber nicht vollzogene Ehe handelt.

Die Ehe ist sodann ein zweiseitiger, näherhin synallagmatischer Vertrag. Die beiden Gatten geben in gesetzmäßiger Form ihren Willen kund, zum Zwecke der Erzeugung und Erziehung der Nachkommenschaft sich gegenseitig das Recht auf

---

4) Scherer R. v., Handbuch des Kirchenrechts II, Leipzig 1898, 92; Schnitzer J., Kath. Eherecht, Freiburg 1898, 36–39; Knecht A., Handbuch des kath. Eherechts, Freiburg 1928, 61 f.

5) vgl. z. B. Cappello F. M., Tractatus canonico-moralis de sacramentis III, Romae 1933, n. 24; Koeniger A. M., Katholisches Kirchenrecht, Freiburg 1926, 297; Triebs, Eherecht I, Breslau 1927, 27 ff.

naturgemäße Handlungen zu übertragen, die an sich zur Erzeugung von Nachkommenschaft geeignet sind.[6]) Diese Verpflichtungen sind vollkommen gegenseitig. Der Zweck des Ehevertrags ist allerdings zunächst die Erzeugung und Erziehung der Nachkommenschaft, aber auch der gegenseitige Beistand im Leben und die Sicherung gegen die Leidenschaft. Die aus der austauschenden Gerechtigkeit, der Beziehung zueinander sich ergebende Verpflichtung zu einer Leistung ist die unbedingte Treue, wozu jeder Gatte dem anderen gegenüber verpflichtet ist, die einerseits in der Leistung der ehelichen Pflicht besteht, anderseits die Vermeidung eines außerehelichen Geschlechtsverkehrs verlangt.

Ihrem Wesen nach ist schließlich die Ehe ein Konsensualvertrag, da sie durch die gegenseitige Willenserklärung der beiden Kontrahenten allein schon gültig zustande kommt.[7])

Die Eheschließung und der damit gegebene Ehevertrag ist ein Rechtsgeschäft persönlicher Art. Somit steht sein Abschluß vor allem den Eheschließenden selbst in eigener Person zu. Bei normalen Verhältnissen trifft dies auch zu. Doch können besonders gelagerte Verhältnisse dem einen oder anderen Brautteil es unmöglich machen, persönlich bei der Eheschließung zugegen zu sein. So könnte z. B. für den Bräutigam, der im Auslande Anstellung und Arbeit gefunden hat, die Gefahr bestehen, diese seine Stellung zu verlieren, falls er sie zur Heimreise verlassen würde. Es können ferner schwere Erkrankung eines der beiden Kontrahenten oder am Orte der beabsichtigten Eheschließung herrschende ansteckende Krankheit, Verbannung eines Brautteils, Kriegsgefangenschaft des Bräutigams, Unmöglichkeit eine Reise anzutreten, das persönliche Erscheinen eines Kontrahenten ver-

---

6) Zu einem zweiseitigen Vertrag gehören: zwei oder mehrere Personen, das Vertragsobjekt, die gesetzmäßige Willenserklärung, der Vertragszweck, die Verpflichtung zu einer Leistung oder Handlung, die Gegenseitigkeit der auferlegten Verpflichtung, vgl. darüber z. B. Cappello, De sacr. III n. 23. Über den synallagmatischen Vertrag s. Triebs a. a. O. I 28.

7) Scherer, Kirchenrecht II 193; Koeniger a. a. O.; Triebs, Eherecht I 28; Cappello a. a. O.; Vermeersch A. – Creusen J., Epitome iuris canonici II[5], Romae 1934, n. 274 (6. Aufl. stand nicht zur Verfügung).

eiteln. Einem Strafgefangenen oder Verurteilten kann seitens seiner Aufsichtsbehörde verboten werden, persönlich beim Eheabschluß zugegen zu sein. Dem Soldaten an der Front wird schwerlich, zumal vor einer entscheidenden Schlacht, Gelegenheit geboten werden, zur Regelung solch rein persönlicher Angelegenheit die Frontstellung zu verlassen.[8]) Von den Bewohnern eines Landes mit weitentfernten Kolonien können viele gezwungen sein, dort eine Existenz zu gründen. Als rechtmäßige Eheleute verlassen sie lieber die Heimat, als nur mit der Hoffnung auf die Ehe. Als dem in der Ferne weilenden Geliebten bereits angetraute Gattin wird die Braut bereitwilliger und zuversichtlicher die weite Reise antreten, als wenn sie lediglich als Braut dem Bräutigam in die Fremde folgt. In letzterem Falle müßte sie gegebenenfalls mit dem Wankelmut des Bräutigams rechnen, der nach langer Trennung vielleicht anderen Sinnes geworden sein könnte.[9])

Für solche Einzelfälle, in denen die persönliche Bewegungsfreiheit durch besondere Umstände gehemmt ist, hat das kanonische Recht und auch in manchen Ländern das Zivilgesetz ein besonderes rechtsgeschäftliches Verfahren vorgesehen, um das erstrebte Ziel der Eheschließung dennoch erreichen zu lassen.

Wie im allgemeinen alle Verträge, so kann demgemäß auch der Konsensualvertrag der Eheschließung in Abwesenheit der Partner zustande kommen. Der aus irgendeinem Grunde am persönlichen Erscheinen verhinderte Brautteil hat in solchem Falle einen Vertreter zu bevollmächtigen, auf daß dieser in seinem Namen mit dem anderen Teil die Ehe schließe. Der zum gültigen Zustandekommen des Ehevertrags notwendige Konsens kann also nicht bloß vom Ehekontrahenten, sondern auch von einem Stellvertreter ausgedrückt werden. Der Eheabschluß durch Stellvertretung ist nichts anderes als die Anwendung der Regeln, wonach jemand alle jene Rechtsgeschäfte durch einen anderen erledigen lassen kann, zu deren Tätigung er selbst befähigt und berechtigt ist, und die rechtliche Wirkung eines durch einen

---

8) C. Sacr. Circolare v. 1. Mai 1922 (Apoll. 5, 1932, 414). — Boudinhon A., Le mariage par procureur (Le Canoniste cont. 38, 1915, 142 ff.); Bergmann A., Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht III, Berlin 1928, 62; Cappello, De sacr. III n. 622.

9) Ariens A. W. K., De nuptiis, quae per procuratorem contrahuntur, Utrecht 1841, 27.

anderen getätigten Rechtsgeschäfts ist die gleiche, wie bei einem selbstgetätigten rechtsgeschäftlichen Handeln. Solche Grundsätze hat schon das römische Recht aufgestellt und das kanonische Recht des Mittelalter ist dieselben Wege gewandelt.[10])

Von dem Institut der Stellvertretung beim Eheabschluß im kanonischen Recht soll im folgenden gehandelt werden. Den Ausführungen über die Stellvertretung beim Eheabschluß geht ein Überblick über die Stellvertretung überhaupt voraus.

10) RJ. 68 u. 72 in VI⁰; vgl. Schmier Fr., Iurisprudentia canonico-civilis seu Ius canonicum universum II,Salisburgi 1716, 49; Ludewig J. P., De matrimonio Principum per procuratores, Halae 1724, 36f.; Schulte J. Fr., Handbuch des kath. Eherechts, Giessen 1855, 72; 72[1]; Scherer a.a.O.; Lombardi C., De matrimonio per procuratorem (ASS. 37, 1904/5, 412); Boudinhon, Le mariage 132; Leitner M., Lehrbuch des kath. Eherechts[3], Paderborn 1920, 5.

I. Teil

Grundzüge der Stellvertretung überhaupt

1. Kapitel

Allgemeines

1. Wesen und Arten der Stellvertretung

Das rechtsgeschäftliche Handeln für einen anderen drückt das lateinische Wort procurare aus, dessen Sinn mit pro alio aliquid curare, für einen anderen etwas besorgen, wiederzugeben ist; es bedeutet in der Rechtssprache Geschäfte im Namen und mit Rechtswirkung für einen anderen erledigen.

Es unterscheidet sich der Prokurator von dem einfachen Geschäftsträger (negotiorum gestor), der ohne besonderen Auftrag und Vollmacht fremde Rechtsgeschäfte tätigt.

Nach der Beschaffenheit der zu erledigenden Angelegenheiten wird der Prokurator in Rechtsstreitsachen von demjenigen unterschieden, der anderweitige, außergerichtliche Rechtsgeschäfte zu erledigen hat. Letzterer heißt außergerichtlicher Prokurator.

Der zur Tätigung nur einzelner Rechtshandlungen besonders Bevollmächtigte heißt „gewöhnlicher Mandatar", während der Name Prokurator nur bei einigen Arten der Stellvertretung, die sich auf kirchenrechtliche Verhältnisse beziehen, stehender Ausdruck geblieben ist.

Der Prokurator kann entweder zur Regelung aller Rechtsgeschäfte des Mandans bevollmächtigt und beauftragt, oder nur zur Tätigung eines einzelnen, bestimmten Rechtsgeschäfts aufgestellt werden.

Das dem Zeitwort procurare entsprechende Hauptwort procuratorium, procuratio wird als das schriftliche Dokument

aufgefaßt, auf Grund dessen jemand die Regelung eines Rechtsgeschäfts einem anderen anvertraut.[1])

Bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts durch einen Stellvertreter ist die Verhandlung mit dem Bevollmächtigten entscheidend, die so angesehen werden soll, als wenn sie mit dem Vollmachtgeber selbst geführt wäre. Das Wesen der Stellvertretung besteht darin, daß der Bevollmächtigte seinen Vollmachtgeber nicht nur in der Abgabe, sondern auch in dem Empfang von Erklärungen vertritt, dem Vollmachtgeber der Abschluß des Rechtsgeschäfts abgenommen wird, indem der von ihm Bevollmächtigte für ihn den Erklärungstatbestand, durch den das Rechtsgeschäft entsteht, hervorbringt und zwar durch eigenen Willensakt, der aber dem seines Vollmachtgebers konform sein muß. Unter Stellvertretung wird also der Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit unmittelbarer Wirkung für einen anderen verstanden. Die Stellvertretung macht es einer Person möglich, durch die Tätigkeit eines Fremden selbst eine Rechtshandlung zu setzen.[2])

Die Willenserklärung des Stellvertreters darf allerdings keineswegs mit der Willenserklärung des Vertretenen identifiziert werden. Ebensowenig kann die Willenserklärung des Vertreters als die des Vertretenen gedacht werden, sondern als Willenserklärung des Vertretenen wird eine Willenserklärung wie die des Vertreters angenommen, jedoch nicht eine Willenserklärung gleichen Inhalts, sondern eine Willenserklärung mit all den Besonderheiten, die sich aus dem Zustande des Innern des Vertreters ergeben, ein Stück Seelenleben wie dasjenige, das sich im Augenblick der Willenserklärung in dem Vertreter vollzog.[3])

Eine Stellvertretung kann bei solchen Personen notwendig

---

1) Volhardus G., De procuratoribus, Genae 1614, fol. 1a; Lexicon totius latinitatis ed. Forcellini E., III, Lipsiae 1837, unter procurator; Du Cange, Glossarium mediae et infimae latinitatis VI, Niort 1883/87 unter procuratorium; Permaneder im Kirchenlexikon von Wetzer u. Welte X, 1897, 458f.; Lombardi C., De matrimonio per procuratorem (ASS. 37, 1904/5, 412).

2) Schlossmann S., Die Lehre von der Stellvertretung I, Leipzig 1900, 34ff.; Winscheid B., Lehrbuch des Pandektenrechts I[8], Frankfurt 1900, 302[16b]; Sohm R. - Mitteis L. - Wenger L., Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts[17], München 1923, 243f.

3) Windscheid a.a.O.; Schlossmann, Stellvertretung, I 99f.

sein, denen die Geschäftsfähigkeit fehlt und die daher nicht imstande sind, selbständig Rechtsgeschäfte abzuschließen. Dies wird als die notwendige oder gesetzliche Stellvertretung bezeichnet, wobei die Vollmacht in einem öffentlichen Amte liegt, z. B. beim Vormund. Diese gesetzliche Stellvertretung beruht auf Tatbeständen, an deren Vorhandensein die Vertretungsmacht von der Rechtsordnung unmittelbar angeknüpft wird.

Im Gegensatz zu dieser gesetzlichen Stellvertretung steht die sog. gewillkürte Stellvertretung. Ist nämlich jemand zwar rechtlich fähig, seine rechtlichen Angelegenheiten selbst zu besorgen, tatsächlich jedoch daran gehindert, so kann er einem anderen die Vollmacht und den Auftrag zur Erledigung seiner Rechtsgeschäfte geben. Der den Vollmachtgeber bei der Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen vertretende Bevollmächtigte gibt selbst eine Erklärung ab und nimmt auch selbst die fremde Willenserklärung entgegen, jedoch nicht für sich, sondern im Namen seines Vollmachtgebers.

Dem Geschäftslustigen steht es frei, auch für den Fall einem anderen die Vollmacht zu erteilen, an seiner Statt zu handeln, wenn er selbst nicht rechtsgeschäftlich handeln will, also nicht nur im Verhinderungsfalle. Die kraft und nach Maßgabe der vom Vertretenen ausgestellten Vollmacht bestehende gewillkürte Stellvertretung ist für den Mandans ein Mittel Rechtsgeschäfte zu tätigen.[4])

Die Tätigkeit der beim Abschluß von Rechtsgeschäften vermittelnden dritten Person ist entweder eine stellvertretende, oder eine bloß unterstützende. Der Gegensatz zwischen Stellvertretung und bloßer Hilfe ist zwar erkennbar, aber es ist schwierig, zwischen beiden scharfe Grenzen zu ziehen. Das Entscheidende liegt darin, ob der Dritte den Geschäftsabschluß bestimmt oder nicht.[5])

Wird der Geschäftsabschluß in keiner Weise von dem Entschluß der dritten Person bestimmt, bleibt vielmehr die endgültige Entschließung beim Geschäftsherrn, so ist die dritte Person nur Gehilfe und es kann alsdann nicht mehr von einem Prokurator die Rede sein. Ein solcher Gehilfe ist z. B. ein Bote,

---

4) Sohm – Mitteis – Wenger 243 f.; Czyhlarz K. v., Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts[19], hgg. von San Nicolò M., Wien 1933, 54.

5) Schlossmann I 305.

der nicht über eine Vollmacht verfügt, sondern lediglich die Erklärung seines Absenders dem Kontrahenten mitzuteilen beauftragt ist. Er dient demselben Zweck wie ein Brief. Während der Bevollmächtigte das Rechtsgeschäft selbst abschließt, ist der Bote nur der Überbringer der Willenserklärung seines Absenders. Welche Ansicht der Bote von dem Gegenstande des Vertrages hat, ob die richtige oder eine irrige, ist gänzlich gleichgültig. Im Gegensatz zum Auftreten des Stellvertreters, das als rechtserhebliche Tätigkeit zu bezeichnen ist, besteht die Tätigkeit des Boten in einer bloßen tatsächlichen Mitwirkung.[6])

Wird aber ein Bote beauftragt, als Organ der Äußerung eines fremden Willens den Willen seines Absenders dem anderen Kontrahenten gegenüber kundzutun und die Gegenerklärung des anderen Teiles anstatt seines Absenders in Empfang zu nehmen, so liegt doch mehr als eine faktische Dienstleistung vor; denn in Wirklichkeit vertritt der Abgesandte den Absender in der Willensäußerung. Hier kann von einer Stellvertretung in der Erklärung die Rede sein, im Gegensatz zur Stellvertretung im Willen.[7])

Bei dieser so geschilderten unmittelbaren Stellvertretung entstehen Rechte und Pflichten ausschließlich beim Vertretenen; denn der Stellvertreter tätigt das Rechtsgeschäft im Namen und für seinen Geschäftsherrn. Hierbei genügt es, wenn aus den Umständen die Tatsache, daß der Vertretene die Geschäftspartei ist, hervorgeht. Das Rechtsgeschäft braucht also nicht ausdrücklich auf den Namen des Geschäftsherrn gestellt zu werden, der unmittelbaren Stellvertretung ist vielmehr Genüge geleistet, wenn der Gegenpartner das rechtsgeschäftliche Handeln des anderen als das eines Vertreters klar erkennt. Der direkte Stellvertreter muß den ausgesprochenen Willen haben, den Geschäftsherrn zu vertreten. Infolgedessen ist die Willensfähigkeit auf seiten des Stellvertreters erforderlich. Kinder und Geisteskranke sind

---

6) Buchka H., Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852, 205f.; Schlossmann I 307ff.; Dernburg H., Pandekten I⁷, Berlin 1902, 272f.; Lombardi, De matrim. 411; Wenger L., Die Lehre von der Stellvertretung im Rechte der Papyri, Leipzig 1906, 5; Sohm-Mitteis-Wenger a.a.O. 244.

7) Windscheid, Pand. I 296²; Dernburg, Pand. I 272f.; 273⁵ u. 272².

somit von der direkten Stellvertretung ausgeschlossen. Wohl können diese die Tätigkeit eines Boten übernehmen.[8])

Um in die rechtliche Sphäre des Vertretenen durch einen für ihn getätigten Rechtsakt eingreifen zu können, muß auf seiten des Vertreters ein Rechtsgrund da sein, der diesen Rechtsakt rechtfertigt. Dieser Rechtsgrund liegt vor bei Erteilung einer Vollmacht, worunter die rechtliche Macht zu verstehen ist, für einen anderen all das zu tun, was zu dem Rechtsgeschäft notwendig ist. Durch die Vollmacht erlangt der Bevollmächtigte eine rechtliche Stellung nach außen.

Wenn das Wort Vollmacht mit Mandatum wiedergegeben wird, ist diese Bezeichnung nicht eindeutig, da Mandatum auch den Begriff Auftrag einschließt. Mit dem Auftrag, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, kann auch eine Vollmacht verbunden sein.

Das zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem entstehende Verpflichtungsverhältnis liegt als Wesensmoment dem Auftrag zugrunde. Von der Vollmacht im strengen Wortsinne sowohl als auch vom Auftrag ist die sog. Ermächtigung zu unterscheiden, wobei sich die erteilte Vollmacht nicht auf ein Handeln im Namen des Vollmachtgebers bezieht, z. B. es wird jemand bevollmächtigt, die Sache eines anderen in seinem eigenen Namen zu veräußern.[9])

Der direkten Stellvertretung steht die mittelbare oder stille gegenüber, wobei der Vertreter das Rechtsgeschäft in seinem eignen Namen abschließt und nicht auf den Namen des von ihm Vertretenen, wenn auch in dessen Auftrag und für dessen Rechnung. Die Wirkung eines in indirekter Stellvertretung getätigten Rechtsgeschäfts zielt zunächst nur auf den Handelnden, der allein berechtigt und verpflichtet wird. Soll das Geschäft für den Auftraggeber wirksam werden, so muß der Vertreter durch ein zweites Rechtsgeschäft die vorerst nur in seiner eignen Person entstandene Rechtswirkung auf seinen Herrn übertragen. Der mittelbare Stellvertreter heißt auch Zwischenperson, Ersatzmann oder stiller Vertreter, jedoch hat keine dieser Bezeichnungen allgemeine Anerkennung gefunden.[10])

---

8) Windscheid ebd. 277; Dernburg, Pand. I 273; 278; 278[4]; Wenger a.a.O.; Czyhlarz, Inst. 55; 55[3]; 282.

9) Schlossmann I 232 ff.; 275 ff.; Windscheid, Pand. I 307; 307[1a]; Dernburg, Pand. I 278 f; Wenger, Stellvertretung 6.

10) Schlossmann I 81 ff.; 332; Dernburg, Pand. I 274[13]; Czyhlarz, Inst. 55 f.; 282.

2. Stellvertretungstheorien

Bezüglich der unmittelbaren Stellvertretung, vor allem in der Frage nach dem eigentlichen Kontrahenten des Rechtsgeschäfts, gibt es bei Würdigung der rechtlichen Konstruktion derselben voneinander abweichende Auffassungen. Die daraus sich ergebenden Stellvertretungstheorien seien hier kurz erwähnt.

Nach der älteren Auffassung ist der zur Vertragsschließung durch Mandat Bevollmächtigte selbst Kontrahent. Sie läßt, sich auf das Gebiet der obligatorischen Verträge beschränkend, jede Verpflichtung grundsätzlich in der Person des Handelnden entstehen. Nur der Stellvertreter wird berechtigt und verpflichtet. Der Grundsatz der direkten Stellvertretung wird hier nicht uneingeschränkt anerkannt, indem man aus dem römischen Prinzip der Unzulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung — s. davon später S. 13 ff. — den Grundsatz ableitet, Vertrag und Verpflichtung könnten nicht logisch getrennt werden, und so in der Verkennung des Wesens der Stellvertretung zu unhaltbaren Folgerungen kommen muß.[11])

Unter starker Anlehnung an den römischen Begriff des Rechtsgeschäfts als eines simultanen und eines allein in dem rechtlich Handelnden liegenden Willensakts, bezeichnet eine weitere Theorie in der Beurteilung der aus dem Rechtsgeschäft sich ergebenden Wirkung den Vertretenen als den juristisch allein Handelnden, während der Vertreter lediglich als Willensorgan dient (Geschäftsherrntheorie). Oder aber: man betont zur juristischen Würdigung der Vertretung das Vertrauen, das der Dritte dem Vertreter als Bevollmächtigten entgegenbringt (sog. Vertrauenstheorie). Gleichwohl schimmert bei den Vertretern solcher Auffassungen der Gedanke einer vereinten Erzeugung des Rechtsgeschäfts seitens Stellvertreter und Vertretenen durch (sog. Vermittlungstheorie), ist jedoch zu schwach herausgehoben. Da die Stellvertretung auf einem gemeinsamen rechtlichen Handeln des Stellvertreters und des Vertretenen beruht, so wird jene Auffassung von dem Vertretenen als allein rechtlich Handelnden dem Wesen der Stellvertretung nicht gerecht.[12]) Die Vermittlungstheorie hat mehr für sich.

---

11) Mitteis L., Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885, 84 ff.; Puchta G. F., Cursus der Institutionen, hgg. v. Krüger P., II, Berlin 1881, 40 ff.

12) Schlossmann I 198 ff.; Dernburg, Pand. I 274[11]; Mitteis, Stellv. 88 f.

Die sog. Rrepräsentationstheorie stellt den Stellvertreter als den allein Handelnden hin. Nach dieser heute unter den Juristen allgemein herrschenden Auffassung tritt der Stellvertreter nicht bloß als Organ fremden Willens auf, sondern vollzieht selbst die juristische Handlung des Vertragsabschlusses. Hinsichtlich der rechtlichen Wirkung findet aber eine direkte Übertragung auf den Vollmachtgeber statt und zwar vermöge rechtlicher Fiktion, obgleich die Handlung, wodurch der Vertrag zustande kommt, für den Machtgeber eine fremde ist. Der Vertreter, der das Rechtsgeschäft für einen anderen abschließt, erklärt zwar seinen eigenen Willen, jedoch mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Hinzufügung bzw. Voraussetzung, daß er nicht im eigenen Namen, sondern für einen anderen handle. Die Wirkung dieser Willenserklärung trifft nicht den Erklärenden, sondern den, für den er handelt. Die Willenserklärung, woraus das Recht Wirkungen hervorgehen läßt, ist die tatsächlich vorliegende Willenserklärung des Vertreters, aber durch diese Willenserklärung werden jene rechtlichen Wirkungen erzeugt, die eingetreten sein würden, wenn der Vertretene eine Willenserklärung gleicher Art selbst abgegeben hätte. Die Fiktion besteht hier darin, daß das Recht einer Tatsache diejenige Wirkung beimißt, die bei einer in Wirklichkeit nicht vorliegenden Tatsache vorhanden wäre. Es wird eine nicht wirklich vorhandene Tatsache rechtlich als existierend angenommen, um rechtserhebliche Tatsachen zu schaffen und Rechtssätze entsprechend anwenden zu können.[13])

In der Beurteilung dieser Repräsentationstheorie, die den Vertreter zum Alleinhandelnden macht, muß man sagen, daß auch sie das Wesen der unmittelbaren Stellvertretung verkennt. Die rechtlichen Wirkungen aus dem Willen und der Person des Vertreters allein herzuleiten, geht nicht an, vielmehr ist für Existenz, Inhalt und Vollendung des Rechtsgeschäfts der Beitritt des Vertretenen von wesentlicher Bedeutung.

Alle die vorgenannten Theorien außer der Vermittlungstheorie sind nicht imstande, die Rechtsprobleme der unmittelbaren Stellvertretung zu lösen, da sie wegen der Abstraktion und Allgemeinheit ihrer Fassung konkrete Fragen nicht zu erklären vermögen. Bei dem durch einen Stellvertreter getätigten Rechtsgeschäft ver-

13) Buchka, Stellv. 206f.; Schlossmann I 203ff.; Dernburg, Pand. I 274[9]; Windscheid, Pand. I 300ff.

teilt sich vielmehr die juristische Handlung zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen. Das Rechtsgeschäft entsteht durch ihr Zusammenwirken, indem beide, Vertreter und Vollmachtgeber, handeln und beide tatsächlich mit rechtlicher Wirkung Erzeuger des Rechtsgeschäftes zu nennen sind. Dabei ist dem Machtgeber die erste, dem Vertreter die zweite Rolle zuzuschreiben.[14])

2. Kapitel

Stellvertretung im römischen Recht

1. Fehlen der unmittelbaren Stellvertretung im römischen Zivilrecht

Das ältere römische Recht hat grundsätzlich die unmittelbare Stellvertretung abgelehnt. Wo es sie überhaupt anerkannte, geschah es nur sehr zögernd und in engen Grenzen. Ein Hauptgrund für die Hintanhaltung der Ausbildung der Stellvertretung lag in dem Formalismus der römischen Rechtsgeschäfte. Aus dem förmlichen Charakter der älteren zivilen Rechtsgeschäfte leitete man den eigentümlichen Grundsatz ab, daß niemand mit unmittelbarer, rechtlicher Wirkung für einen anderen rechtsgeschäftlich tätig sein könnte. Nur wer selbst den Vertrag geschlossen hat, kann verpflichtet und berechtigt werden. Das Wesen der Rechtsverpflichtung lag nach römischem Recht in einem Rechtsverhältnis, das sich von der Person des Gläubigers und Schuldners nicht trennen ließ.[1])

---

14) Mitteis, Stellv. 109f.; Windscheid, Pand. I 302[16b]; Dernburg, Pand. I 274.

1) Buchka, Stellv. 1f., der sich auf l. 11 D. 44,7 beruft; Mitteis, Stellv. 9; 13; 22; 32; Dernburg, Pand. I 275; Wenger, Stellv. 156; 158f., der l. 38 § 17 D 45,1 zitiert: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae enim sunt huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil interest mea. Wenn auch diese Stelle vor allem als Beweis für die Unzulässigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter dient, so spricht sie doch nicht weniger auch gegen die unmittelbare Stellvertretung; vgl. Wenger a.a.O., der ferner l. 11 D 44,7; l. 126 § 2 D 45,1; l. 1 C 4,2 angibt. Alle diese Stellen sind in die justinianische Kodifikation aufgenommen. Daraus ergibt sich, daß die

Als ein weiterer Grund für die ablehnende Haltung des älteren römischen Rechts gegenüber der unmittelbaren Stellvertretung ist die römische Haus- und Sklavenwirtschaft zu nennen. Infolge der hausherrlichen Gewalt konnte für sie der rechtsgeschäftliche Verkehr die Stellvertretung entbehren; denn durch die Stellung der Sklaven war das Bedürfnis nach Vertretung hinreichend gedeckt. Der Sklave galt eben nur als eine Sache, war nicht rechtsfähig und konnte deshalb nicht am Rechtsverkehr teilnehmen. Da eine solche Haus- und Sklavenwirtschaft dem praktischen rechtsgeschäftlichen Bedürfnis des Hausherrn nachkam, so lag die rechtliche Notwendigkeit einer gewillkürten Stellvertretung im älteren römischen Zivilrecht nicht vor. Im Gegensatz zu anderen antiken Rechtskreisen, in denen eine so ausgesprochene Sklavenwirtschaft und so straffe Familienorganisation unbekannt war (z. B. Babylonien, Griechenland, Ägypten), ist die freie Stellvertretung im römischen Recht unentwickelt geblieben.[2])

Hatte nun auch das römische Recht die Frage, ob bei Rechtsgeschäften Stellvertretung zulässig ist, im Prinzip verneint, so eröffnete es doch den Ausweg, daß der Vertreter die Handlung in eigenem Namen und mit Wirkung für sich selbst vornehmen, dann aber die für ihn aus seinem rechtsgeschäftlichen Handeln entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten auf seinen Herrn übertragen konnte. Dieser Übertragungsakt war aber nicht immer notwendig. Unter Umständen nahm das römische Recht die Verpflichtung und Rechte als übertragen an.[3])

Dieser Ausweg ist aber nur als eine verdeckte, nicht als eigentliche Stellvertretung zu bezeichnen. Denn die Rechtsgeschäfte, die der Vertreter in eigenem Namen abschließt, haben zwar nur für ihn rechtliche Wirkung, im Innenverhältnis ist der Vertreter aber verpflichtet, die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf den andern zu übertragen. „Nach außen hin handelt er für sich (schließt das Geschäft ‚auf seinen Kopf') und wird daher selbst

---

Theorie auch damals sich noch nicht geändert hatte. Wenger a. a. O.; Sohm – Mitteis – Wenger, Inst. 244 f.; Czyhlarz, Inst. 55; 277; Wernz-Vidal, Ius canonicum VI, Romae 1928, n. 238; n. 240[66].

2) Buchka, Stellv. 8 f.; 115 ff.; Mitteis, Stellv. 22; Dernburg, Pand. I 275; Sohm – Mitteis – Wenger, Inst. 183; 249; Czyhlarz, Inst. 55 ff.

3) Windscheid, Pand. I 297.

aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet".[4]) Die rechtliche Grundlage für diese Verpflichtung ist das Mandatum. Unter dieser Bezeichnung werden im römischen Sprachgebrauch die deutschen Begriffe des Auftrags und der Vollmacht zusammengefaßt. In erster Linie versteht das römische Recht unter Mandatum den an einen Vertreter ergangenen unentgeltlichen Auftrag. Verbindet sich mit diesem Auftrag jedoch der andere, in seinem Namen zu handeln, so umfaßt Mandatum beides. Für Vollmacht hat die römische Rechtssprache zwar keine besondere Bezeichnung. Aus dem Fehlen des sprachlichen Ausdrucks darf aber nicht auf den Mangel des juristischen Inhalts geschlossen werden.[5])

Es hätte nun nahe gelegen, daß der in eigenem Namen handelnde Vertreter ausdrücklich bestimmte, daß die Wirkung seiner Handlung sich auf den von ihm Vertretenen richte. Dies ließ jedoch ein anderer Grundsatz des römischen Rechts nicht zu, der besagt, daß nur diejenige Willenserklärung Anerkennung finde, die auf die Hervorbringung von rechtlichen Wirkungen für die eigene Person des Erklärenden gerichtet sei. Wer nach römischem Recht für einen anderen einen Vertrag tätigen wollte, mußte sich selbst berechtigen und verpflichten. Dem Vertretenen wurde aber die Befugnis gegeben, die von dem Vertragschließenden erworbene Forderung für sich zu beanspruchen. Anderseits konnte der Gläubiger gegen den Vertretenen jene Verpflichtung geltend machen, die der Vertragschließende übernommen hatte.[6])

Trotz des starren prinzipiellen Festhaltens an der Unzulässigkeit der unmittelbaren (offenen oder freien) Stellvertretung hat das römische Recht den Grundsatz, daß niemand ein Rechtsgeschäft mit unmittelbarer Wirkung für einen anderen schließen konnte, nicht ausnahmlos und folgerichtig durchzuführen vermocht.

Auf sachenrechtlichem Gebiet nämlich sind weitgehende Lockerungen zu bemerken — freilich auch nicht ohne Wider-

4) Crome C., Grundzüge d. röm. Privatrechts, Bonn 1920, 217.

5) Wenger, Stellv. 8; 8[5], der l. 42 § 1 D 41,2 anführt: procurator, siquidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem; quodsi sua sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem.

6) Buchka, Stellv. 3,7; Windscheid, Pand. I 297 mit Anm. 4 u. 5; Schlossmann, Stellvertr. II 188-209; Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen 437 ff.

sprüche , indem ein Erwerb von Besitz und Eigentum durch einen anderen als möglich erachtet wurde. Voraussetzung war hierzu jedoch, daß der Vertreter in der Besitzergreifung und in dem Eigentumserwerb seinen eigenen Entschluß ausführte, oder aber, daß der Vertretene willenlos, dem Wahnsinn verfallen oder eine juristische Person war. In anderen Fällen bedeutete die Zulassung des Besitzerwerbs durch einen freien Vertreter noch keine Ausnahme von dem aufgestellten Grundsatz der Unzulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung, indem die Besitzergreifung durch einen anderen als Vertretung in dem tatsächlichen Haben und nicht in der Willenserklärung gelten mußte. Der vom Vertreter in der Besitzergreifung ausgedrückte Wille ist nichts anderes als das Moment der tatsächlichen Herrschaft des Vertretenen. Auch der zum Eigentumserwerb besonders beauftragte Vertreter erklärt nicht seinen eigenen Willen im Namen des anderen, sondern ist nur Träger und Überbringer des fremden Willens. Eine direkte Stellvertretung im Besitz- und Eigentumserwerb, auf sachenrechtlichem Gebiet, wurde erst allmählich in der Kaiserzeit zugelassen und zwar zunächst bei dem dauernd bestellten Geschäftsführer, dem Prokurator, später auch beim Vormund und erst im justinianischen Recht bei jedem Bevollmächtigten.[7])

Das Amt des erwähnten Geschäftsführers des römischen Hauses bekleidete in der Regel ein Freigelassener, der zwar dem Haus angehörte, sich aber durch seine Freiheit von den Sklaven unterschied. Unter Prokurator verstand man die Vertrauensperson eines Herrn, die regelmäßig in seinem Geschäfte tätig war. Die Bezeichnung Prokurator ist ein an eine Vertrauensstellung anknüpfender Amtstitel. Diese regelmäßig für ihren Geschäftsherrn handelnde, mit dem Titel Prokurator benannte Vertrauensperson des römischen Hauses konnte leicht ohne Vollmacht sein. Die Bezeichnung Prokurator läßt also im römischen Recht nicht ohne weiteres auf das Vorhandensein einer besonderen Vollmacht schließen. Das ergibt sich schon aus der Tatsache, daß die römischen Juristen gegebenenfalls ausdrücklich hervorheben, daß es sich um Prokuratoren handle, die im Besitz eines Mandats sind. Andere gebrauchen die Bezeichnung Prokurator nur für den, der mit einer Vollmacht ausgestattet ist. Diesen mit einer Vollmacht versehenen Prokurator nannte man meist den echten Proku-

7) Mitteis, Stellv. 55; Windscheid, Pand. 297 f.; 298[11]; Wenger, Stellv. 159; Czyhlarz, Inst. 54.

rator (procurator verus), im Gegensatz zu dem unechten, der keine Vollmacht besaß.[8])

Die dem Prokurator erteilte Vollmacht kann besonderen oder allgemeinen Charakter haben. Während die Spezialvollmacht zu einem bestimmten Rechtsgeschäft oder einer bestimmten Kategorie von Rechtsgeschäften ermächtigt, berechtigt die Generalvollmacht zur Verwaltung des gesamten Vermögens oder eines besonderen Kreises rechtlicher Angelegenheiten. Beschränkt sich die Generalvollmacht auf die laufende Verwaltung, so schließt sie damit weitergehende Rechte aus, z. B. das Recht, die Substanz des Vermögens anzugreifen. Ermöglicht die Generalvollmacht hingegen eine freie Verwaltung, enthält sie vor allen Dingen das Recht, die Vermögenssubstanz zu veräußern, so heißt sie eine Vollmacht mit jeglicher Handlungsfreiheit (administratio cum libera). Letztere kann ausdrücklich gegeben sein, aber auch aus dem gesamten Inhalt der Vollmacht und ihrem Zweck hervorgehen. Ist der Stellvertreter nicht zur freien Verwaltung ermächtigt, so bleibt die Generalvollmacht auf die einfache, laufende Verwaltung beschränkt.[9])

An dem Prokurator als dem Geschäftsführer des römischen Hauses entwickelte sich das Recht der Stellvertretung durch eine freie dritte Person. Als Quasiprokurator wurde später zuerst der Vormund, dann durch Justinian jeder Bevollmächtigte mit dem Prokurator auf eine Stufe gestellt. Alles, was der Vertreter, sei es der Prokurator im Namen seines Machtgebers, oder sei es der Vormund im Namen seines Mündels erwarb, wurde unmittelbar Besitz und Eigentum des von ihnen Vertretenen.[10])

---

8) Volhardus, De procuratoribus fol. 1b; Dernburg, Pand. I 279[14], der auf l. 63 D 3,3 verweist: procurator est, qui aliena negotia mandato domini administrat; procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus ... quamvis quidam, ut Pomponius lib. 24 scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse. Vgl. Sohm – Mitteis – Wenger, Inst. 245; ein feststehender technisch-juristischer Terminus ist das Wort procurator im römischen Recht nicht geworden. Wenn gleich procurator den direkten Stellvertreter bedeuten kann, wie in den Quellenstellen, die vom Besitzerwerb durch den Prokurator handeln, so kommt juristisch präzise Bedeutung in den Quellen dem Wort procurator nicht allein zu; vgl. Wenger, Stellv. 8.

9) Dernburg, Pand. I 280 f.; Sohm – Mitteis – Wenger, Instit. 245.

10) Sohm – Mitteis – Wenger, Instit. 246.

Das römische Prinzip, daß niemand mit Wirkung für einen anderen rechtsgeschäftlich tätig sein könne, hat noch eine weitere Durchbrechung erlitten durch die Tatsache der Erwerbsmöglichkeit eines Pfandrechts sowie des Antritts einer Erbschaft für einen anderen.[11])

Während sich so auf dem Gebiet des Sachenrechts in der früheren Kaiserzeit eine direkte Stellvertretung nachweisen läßt, hat sich auf vertragsrechtlichem Gebiet der Grundsatz behauptet, daß Kontrakte nur den Kontrahenten berechtigen und verpflichten können. Die strenge Durchführung des Grundsatzes der Unmöglichkeit der unmittelbaren Stellvertretung durch gewaltfreie dritte Personen blieb bei dem sich stark entwickelnden Verkehr hinter den Anforderungen der Praxis immer mehr zurück und mußte mit ihnen in Widerstreit geraten. Die Erklärung für diese Erscheinung ist letzten Endes in dem römischen Konservatismus zu suchen, der sich nicht entschließen konnte, den unbrauchbar gewordenen Rechtssatz kurzerhand fallen zu lassen. Wenn auch in der römischen sozialen Gesellschaftsordnung eine triftige Begründung für die ablehnende Haltung des römischen Zivilrechts gegenüber der unmittelbaren Stellvertretung erblickt werden darf, so bleibt doch die Frage, wie es zu diesem Rechtssatz gekommen ist, schwer zu beantworten. In der Folgezeit wurde durch den Prätor eine teilweise Reform herbeigeführt.[12])

2. Begrenzte Zulässigkeit der Stellvertretung im Formularprozeß

In der römischen Prozeßführung ist beim sog. Formularprozeß in gewissen Grenzen eine Stellvertretung zulässig geworden.

Der alte römische Zivilprozeß nämlich verfügte nur über eine bestimmte und begrenzte Anzahl von Formulierungen des Rechtsstreits. Diese Rechtsstreitformulierung war eine feierliche und an das überlieferte Wort gebundene. Nach römischem Bürgerrecht, das nur dem römischen Bürger Rechte zugestand, wurde der Prozeß in der Form der Legisactio geführt (Legisaktionsprozeß). Nachdem die streitenden Parteien ihre Sache vor dem Magistrat

11) Windscheid, Pand. I 299 mit Anm. 12 u. 13.
12) Wenger, Stellv. 158f.; Sohm – Mitteis – Wenger a.a.O.

vorgebracht hatten, und bevor letzterer sein Urteil fällte, riefen die beiden prozessierenden Parteien feierlich Zeugen auf, vor denen sie unter ganz bestimmten hergebrachten Worten und durch eigne formale Handlung ihren Rechtsstreit klar zum Ausdruck brachten. Diese Streitformulierung ging mittels einer volksgesetzlichen Spruchformel vor sich, die, schwer beweglich, auf eine beschränkte Zahl von Rechtssätzen zugeschnitten war.[13])

Seit Mitte des 2. Jhds. v. Chr. machte das Ius gentium neue Ansprüche geltend, denen gegenüber der römische Zivilprozeß sich reformbedürftig zeigte. Diese Reform des römischen Rechts, sollte der Prätor durchführen.

Der Fremde war ja bisher vom römischen Bürgerrecht ausgeschlossen. Es hatte sich deshalb ein Prozeßverfahren entwickelt, in dem auch er auftreten konnte. Neben dem Prozeß nach Volksrecht geht der Prozeß nach Amtsrecht einher, der durch die Amtsgewalt der Gerichtsobrigkeit frei gestaltet wird. Es war jedoch nicht ausschließlich die magistratische Amtsgewalt entscheidend, sondern es wurde auch stets ein Schiedsgericht eingesetzt, in dem mehrere Privatpersonen als Geschworene das Urteil zu fällen hatten. Durch die vertragsmäßige Selbstunterwerfung der Parteien unter das bestellte Schwurgericht sollte das gefällte Urteil Rechtskraft erlangen. Dieses beruhte somit nicht bloß auf magistratischer Amtsgewalt.[14])

Die auch für den Fremdenprozeß notwendige Streitformulierung tätigte der Prätor selbst, der kraft seiner Amtsgewalt den Schwurrichtern die schriftlichen Befehle gab, unter gewissen Bedingungen zu verurteilen, unter anderen Bedingungen freizusprechen. Diese Schrifturkunde des Prätors hieß formula, weil sie die Streitsache auf einen kurzen, normgebenden Ausdruck brachte und damit die Streitformulierung festlegte. Die beiden Parteien mußten diese formula rechtsförmlich annehmen, was in der Weise geschah, daß der Kläger sie dem Beklagten überreichte. Hierdurch schlossen die beiden Parteien einen Vertrag, demgemäß sie sich der Entscheidung des Schwurgerichts unterwarfen.

Im Gegensatz zum früheren Legisaktionsprozeß, in dem die Streitformulierung mittels einer Spruchformel aufgestellt wurde,

---

13) Crome, Privatrecht 4 ff.; Sohm – Mitteis – Wenger, Institutionen 645 ff.

14) Crome 6; Sohm – Mitteis – Wenger 662 ff.

kommt es im Formularprozeß zu dieser Streitformulierung auf Grund der prätorischen Schriftformel, die mit ganz verschiedenem Inhalt sich dem vorliegenden Falle anpaßt.[15])

Dieses Verfahren auf Grund der prätorischen schriftlichen Prozeßanweisung beseitigte in weitgehendem Maße das bisherige Hindernis für die Prozeßführung durch einen Stellvertreter, das in der zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes streng vorgeschriebenen Form lag. Durch die prätorische Formel war es nunmehr möglich, das geltend gemachte Recht sowie die Haftung einem anderen zuzuschreiben, indem der Richter sein Urteil für oder gegen einen Dritten zu stellen befugt war. So konnte der Prätor auf Grund seiner Schriftformel den Richter z. B. anweisen, den Beklagten zu verurteilen, das, was er einem anderen schuldete, dessen Stellvertreter zu erstatten.[16])

Durch dieses Eingreifen des Prätors wurden neue Rechtsverhältnisse geschaffen. Zu den vom Prätor erlassenen Schriftformeln zählten vor allem die sog. Formeln mit subjektiver Umstellung, die besonders da Anwendung fanden, wo es sich um die durch prätorisches Recht bewirkte Übertragung eines Klagerechts an einen anderen Kläger oder gegen einen anderen Beklagten handelte, als es nach dem Zivilrecht angängig war.

So ließ das prätorische Recht auch gegen den Gewalthaber Klage zu, der nach strengem Zivilrecht aus den Geschäften seiner Gewaltunterworfenen absolut nicht haftete. Aus dem Vertrag, den ein Hauskind oder Sklave mit einem außerhalb des Gewaltverhältnisses stehenden Dritten abschloß,wurde nur der Gewalthaber forderungsberechtigt, die Verpflichtung aus dem bezeichneten Vertrag entstand jedoch allein in der Person des Gewaltunterworfenen. Während nach Zivilrecht niemals der Machthaber des Kontrahenten, sondern der Kontrahent selbst haftete, da ja ein Kontrahieren in fremdem Namen mit Wirkung für einen anderen ausgeschlossen war, so machte nunmehr der Prätor aus dem Vertrag des Sklaven oder Haussohns auch den Herrn haftbar und gab aus der zivilrechtlichen Schuld des kontrahierenden freien Stellvertreters auch eine Klage gegen den Vertretenen. Zivilrechtlich bleibt zwar der Vertragschließende haftbar, nach prätorischem Recht aber auch der Gewalthaber. Jedoch auch hier nicht

15) Sohm – Mitteis – Wenger 672ff.

16) Puchta G. F., Cursus der Institutionen[9], hgg. von Krüger P., I, Leipzig 1881, 451.

grundsätzlich, da die Grundlage sich vielmehr in der Ermächtigung seitens des Hausherrn an den Dritten präsentiert, mit dem Gewaltunterworfenen Geschäfte zu schließen.[17])

Besonders deutlich zeigte sich der Gedanke einer Haftung aus der Bevollmächtigung bei der actio institoria, der Klage, die der Prätor gegen den Geschäftsherrn aus dem Rechtsgeschäft seines Angestellten gewährte. Hatte nämlich ein Geschäftsmann für sein gewerbliches Unternehmen einen Betriebsführer bestellt und letzterer innerhalb seiner Vollmacht mit einem Dritten ein Verpflichtungsgeschäft eingegangen, so konnte dieser Dritte den Geschäftsherrn selbst belangen. Es wird hier die nach strengem Zivilrecht ausschließlich den Kontrahenten, den Betriebsführer treffende Verpflichtung durch prätorischen rechtlichen Eingriff auf den Geschäftsherrn ausgedehnt, der zugleich mit seinem bevollmächtigten Angestellten für die eingegangene Geschäftsverpflichtung haftet.[18])

Neben dem Haussohn und dem Sklaven konnte auch eine freie, dem Unternehmer nicht untertänige Person mit der Leitung eines Betriebes beauftragt werden. Alle Geschäfte, die der ordentliche Betrieb eines Gewerbes erforderte, ließen sich durch den Betriebsleiter tätigen, es sei denn, daß der Umfang der Vollmacht durch den Willen des Geschäftsherrn anders umrissen war. In der juristischen Praxis findet diese Haftung des Geschäftsherrn aus den Geschäften seiner freien Angestellten eine bedeutende Ausdehnung über den kaufmännischen Betrieb hinaus. Der in den vornehmen Häusern dauernd bestellte Geschäftsführer, der Prokurator, wurde dem Betriebsleiter (Institor) gleichgestellt.

Die prätorische Klage, mittels der der dritte Kontrahent seine Forderung an den Hausherrn geltend machen konnte, hieß die actio quasi-institoria. Aus ihr hat sich später eine gleiche Haftung für jeden Vollmachtgeber entwickelt, der eine freie Person mit dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts beauftragte.[19])

Nach strengem Zivilrecht wurde lediglich der Kontrahent aus seinem Geschäftsabschluß verpflichtet, das prätorische Recht fügte

---

17) Wenger, Stellv. 156: melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest (l. 133 D 50, 17). Vgl. Sohm-Mitteis-Wenger, Inst. 472; 680 ff.; Czyhlarz, Inst. 277 f.

18) Crome, Privatrecht 219; Sohm-Mitteis-Wenger a.a.O. 471 ff.; Czyhlarz a.a.O. 277, 280 f.

19) Buchka, Stellv. 46; Wenger, Stellv. 161.

darüber hinaus eine klare gegen den Geschäftsherrn, der den Kontrahenten bevollmächtigte, hinzu (actio adjicitur) mit dem Inhalt, daß die aus dem Geschäftsabschluß entstehende Verpflichtung auch gegen den Geschäftsherrn geltend gemacht werden konnte. Diese Klage erhielt deshalb später die Bezeichnung actio adjectitiae qualitatis. Sie enthält eine Doppelhaftung, da sowohl der zum Geschäftsabschluß bevollmächtigte als auch der Vollmachtgeber verpflichtet wird. Was der Kontrahent dem Gläubiger schuldig ist, fordert dieser von einem Nichtkontrahenten.[20])

Den Vorteil des alten Rechts, der in dem Zwang für die Parteien lag, persönlich vor Gericht zu erscheinen, ein Umstand, der für die Ermittlung der Wahrheit ohne Zweifel förderlich war, wollte man nicht gerne völlig aufgeben. Daher war es seitens des Prätors gewissen Gruppen von Personen untersagt, andere zu vertreten oder sich vertreten zu lassen. So konnte der Infame seine ungünstige rechtliche Lage auf dem Wege der Vertretung durch einen anderen nicht verbessern. Umgekehrt mußten höhere Beamte sich vertreten lassen, um nicht durch ihr persönliches Erscheinen die Unbefangenheit des Gerichts zu beeinträchtigen. Frauenspersonen war es grundsätzlich nicht gestattet, für andere als Vertreter tätig zu sein, da die Übernahme einer Vermittlerrolle als besondere Aufgabe des Mannes galt; eine Frau konnte die Aufgabe eines Vertreters lediglich übernehmen, falls eine sittliche Pflicht dazu vorlag. Auch dem Soldaten war es verboten, einen anderen zu vertreten.[21])

Um seitens der Parteien jeglichen Mißbrauch des Rechts, vor Gericht durch einen Prokurator aufzutreten, zu vermeiden, konnte vom Prokurator des Klägers Kaution dafür verlangt werden, daß die von ihm vertretene Partei seine Prozeßhandlung als rechtswirksam anerkannte. Der Prokurator des Schuldigen oder Angeklagten hatte die Urteilsausführung zu gewährleisten.

Das obligatorische Verhältnis hing nicht von der Dauer des Mandates ab und konnte auch nicht durch Widerruf gelöst werden, falls die Streiteinlassung vor sich gegangen war. Lediglich war es Sache des Prätors eine Veränderung zu bewirken, wenn ein gerechter Grund vorlag.[22])

---

20) Crome, Privatrecht 218; Sohm-Mitteis-Wenger 473.

21) Volhardus, De procuratoribus fol. 6b; Ludewig, De matr. 26f.; Puchta, Inst. I 452; 452h; 452i.

22) Puchta, Inst. I 453ff.; 456; Wernz Fr. X. - Vidal P., Ius Canonicum VI, Romae 1928, n. 238 mit Anm. 62.

Wenn auch die Rechtseinrichtung des Stellvertreters im prätorischen Recht sich bereits einen bedeutenden Schritt weiter entwickelt hatte, so konnte doch noch keineswegs von einer wirklichen Stellvertretung die Rede sein; denn die Haftung des Vollmachtgebers war doch nur eine Haftung aus fremder Schuld. Die Forderung des strengen Zivilrechts, daß der Prokurator haftbar ist, blieb auch noch im prätorianischen Recht bestehen. Voraussetzung einer wirklichen Stellvertretung aber war die Haftung des Geschäftsherrn aus eigener Schuld, wobei die Pflichten aus dem Rechtsgeschäft ausschließlich und unmittelbar bei dem Vertretenen entstanden.

Aber auch die Rechte aus dem Rechtsgeschäft des freien Vertreters gingen nach prätorischem Recht nicht auf den Vollmachtgeber über, insofern die Forderung grundsätzlich nur dem zustand, der den Geschäftsabschluß tätigte. Sollt der Vollmachtgeber aus der Handlung seines Vertreters Rechte erhalten, so mußten diese von dem Vertreter durch einen besonderen Rechtsakt an den Vertretenen übertragen werden.[23])

3. Uneingeschränkte Zulässigkeit der Stellvertretung im späteren (gemeinen) Recht — Das deutsche Recht

Das römische Recht hat bei der ihm eigenen „Stetigkeit und Besonnenheit des Fortschritts" den alten Grundsatz von der Unzulässigkeit der Stellvertretung aufrecht erhalten und ihn nur da, wo das unmittelbare praktische Bedürfnis es erforderte, beseitigt.

So hat zwar das strenge Prinzip von der Unzulässigkeit der Stellvertretung bereits zur Zeit des klassischen römischen Rechts manche Ausnahme erfahren; aber die unbedingte Zulässigkeit der Stellvertretung ist nie allgemein anerkannt worden.[24])

Zum Verständnis dieser auffallenden Tatsache ist nochmal daran zu erinnern, daß der römische Sklave seinen Herrn im gesamten Geschäftsverkehr rechtswirksam zu vertreten befähigt war, indem er für ihn alles mit Notwendigkeit rechtsgeschäftlich tätigte und erwarb. Diese Fähigkeit ihrer Sklaven haben die Römer im vollen Maße ausgenutzt. Lag also das praktische Be-

23) Buchka, Stellvertretung 46; Schlossmann, Stellvertretung II 221; Czyhlarz, Inst. 56; 281 f.

24) Buchka, Stellvertretung 115; Schlossmann, Stellv. II 293 ff.; Crome, Privatrecht 220; Sohm-Mitteis-Wenger, Instit. 474.

dürfnis vor, zum Abschluß von Verträgen die Vermittlung eines anderen in Anspruch zu nehmen, so bedienten sie sich hierzu auf Anweisung der klassischen Juristen eines ihrer Sklaven. Es gehörte zum guten Ton, Rechtsgeschäfte nicht selbst zu vollziehen, vielmehr einen solchen damit zu beauftragen.[25])

In der späteren Rechtsentwicklung seit dem 5. Jhdt. ging diese Stellung, auf den als servus publicus aufgefaßten Notar über. Durch diese Rechtsfiktion wurde nach der Ansicht der Glossatoren und ihrer Nachfolger die Stellvertretung bei Abschließung von Verträgen ermöglicht. Nicht nur in Prozeßsachen, sondern auch in außergerichtlichen Rechtsgeschäften wurde nun eine Stellvertretung ganz allgemein zulässig. Besonders im Handelsrecht und bei Vermögensgeschäften unter Anwesenden hat sich die unmittelbare Stellvertretung ausgebildet.[26])

Auch die nachherige Zeit hat in die Hinsicht rechtlich nichts Neues mehr herausgebildet. Als man das römische Recht allum rezipiert hatte, anerkannte man schließlich die Zulässigkeit der freien Stellvertretung bei Rechtsgeschäften, die Tatsache also, daß der Bevollmächtigte aus Verträgen, die er in seiner Eigenschaft als Stellvertreter schloß, selbst nicht verpflichtet und berechtigt wurde. Seit dem 17. Jhdt. war in Theorie und Praxis diese Rechtseinrichtung in Geltung.[27])

Wie sich dieser Umschwung im einzelnen vollzogen hat, ist noch nicht vollständig geklärt. Einen Anhaltspunkt bietet jedoch die Feststellung, daß die Anwendung der rein römischen Rechtsbestimmung für den Geschäftsverkehr, zumal nach Verschwinden der Sklaverei, ungemein lästige Hemmungen und Folgen gehabt hätte. Es konnte daher nicht befremden, daß sich schon gegen das alte römische Recht eine Reaktion des praktischen Rechtsbewußtseins bildete und der römische Grundsatz, daß der Vertragswille selbst keine Vertretung zuläßt, beseitigt und die freie Stellvertretung im täglichen rechtsgeschäftlichen Verkehr, also gewohnheitsmäßig üblich wurde.[28])

Die Entstehung eines solchen, die freie Stellvertretung be-

---

25) Buchka 118f.

26) Buchka 145; 202f.; Mitteis, Stellv. 78; Dernburg, Pand. I 277f.; Sohm-Mitteis-Wenger, Inst. 474.

27) Buchka, Stellvertretung 204; 233.

28) Buchka 158; Mitteis, Stellvertr. 78; Windscheid, Pand. II 262f. — Dazu oben S. 16.

gründenden Gewohnheitsrechts kann nicht genau nachgewiesen werden. Zwar läßt sich die Umbildung des römischen Grundsatzes zum Gewohnheitsrecht verfolgen, aber das diese Fortbewegung veranlassende Bewußtsein ist in seinen Wurzeln und in seiner Ausbildung noch nicht erkannt worden. Da dem so ist, hat die dogmatische Erkenntnis der Stellvertretung von der Erforschung ihres Ursprungs nicht viel zu gewinnen; denn Theorie und Praxis der letzten Jahrhunderte haben die Stellvertretung nur im römischen Gewande gekannt und die direkte Stellvertretung nur als Ausnahme vom römischen Recht zugelassen und auch diese Ausnahme stets auf die römischen Kategorien des Rechts zurückgeführt, demnach also nicht ein vom römischen Recht seiner Natur nach verschiedenes Rechtsinstitut übernommen. Auch hat es ein im einzelnen ausgebildetes Gewohnheitsrecht nicht gegeben.[29])

Die maßgebenden Gesetzbücher der neueren Zeit haben den Grundsatz der direkten Stellvertretung übereinstimmend proklamiert und mit der alten römischen Anschauung entschieden gebrochen; dabei begnügen sie sich lediglich mit dem Prinzip, ohne die innere Gestaltung des Rechtsinstituts selbst näher festzulegen.[30])

Indessen lassen sich doch deren Grundgedanken folgendermaßen umschreiben:

Die Gültigkeit des durch einen Stellvertreter getätigten Rechtsgeschäfts setzt neben dem Erfordernis, daß der Vertreter sich als solcher dem Mitkontrahenten zu erkennen gibt, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, das Vorhandensein eines Mandats voraus.[31]) Bei der direkten Stellvertretung muß die Vertrauensperson eben für den Vertretenen zu handeln befugt sein und diese Befugnis auch nachweisen können. Durch die vor allem in einer Vollmacht beruhende Legitimation ermächtigt der Mandans seinen Vertreter, Rechtshandlungen an seiner Statt vorzunehmen. Es steht dem Vollmachtgeber frei, die Vollmacht durch die entsprechende Erklärung dem Bevollmächtigten oder dem Kontrahenten gegenüber zu erteilen.[32]) Eine ausdrückliche Annahmeerklärung seitens des Bevollmächtigten ist nicht erforder-

29) Mitteis, Stellvertr. 78.
30) Buchka 228 ff.; Mitteis, Stellvertr. 78.
31) Buchka, Stellv. 237.
32) Dernburg, Pand. I 278.

lich, da der Bevollmächtigungsakt als einseitiges Rechtsgeschäft gilt.[33])

Die Vollmacht erlischt, da sie höchstpersönlichen Charakter hat, sowohl durch das Ableben des Vollmachtgebers als natürlich auch des Bevollmächtigten, sowie ferner durch Widerruf seitens des Mandans. Der Bevollmächtigte oder der Mitkontrahent ist von dem Widerruf in Kenntnis zu setzen. Hätte der Dritte sich auf die Vollmacht verlassen, indem er entschuldbarerweise ihre Aufhebung nicht kannte, so würden ihm keinerlei Nachteile erwachsen. Die Lösung der Frage, ob der Vollmachtgeber auf das Recht, die Vollmacht zu widerrufen, verzichten kann, hängt von der Vereinbarung ab, einerseits zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten, zu deren Gültigkeit die gleichen Bedingungen zu erfüllen sind wie bei jedem anderen Vertrag, anderseits zwischen dem Mandans und dem Bevollmächtigten, für deren Gültigkeit das Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten maßgebend ist. Der aus dieser vertraglichen Vereinbarung zwischen Auftraggeber und dem Dritten oder aus dem Rechtsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten sich als gültig ergebende Verzicht hat jedoch nicht die Wirkung, daß die Vollmacht nicht zurückgerufen werden konnte, sondern lediglich, daß sie nicht zurückgenommen werden darf.[34])

Eine beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts fehlende Vollmacht kann durch nachträgliche Genehmigung ersetzt werden. Sie hat rückwirkende Kraft. Zwar dürfen der Vertreter und sein Mitkontrahent vereinbaren, daß das Rechtsgeschäft erst von dem Zeitpunkt der nachträglichen Genehmigung an gelten solle aber dem Vollmachtgeber ist es nicht gestattet, seiner Genehmigung die Rückwirkung zu entziehen, ohne daß der Mitkontrahent seine Zustimmung dazu gibt.[35])

Das von einem Nichtbevollmächtigten getätigte Rechtsgeschäft bleibt bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung in der Schwebe. In der Zwischenzeit kann der Stellvertreter nicht mehr zurücktreten, falls aus diesem Rücktritt dem Vertrenen Schaden erwachsen würde. Zögert der Prinzipal mit der Genehmigung, so nimmt man an, daß er sie versagt.[36])

33) Mitteis, Stellv. 185; Dernburg 278.
34) Dernburg, Pand. I 277 ff.; Windscheid, Pand. I 309[2c].
35) Dernburg, Pand. I 279.
36) ebd. I 279.

Entsprechend dem Grundsatz der freien Stellvertretung wird aus dem von einem Bevollmächtigten geschlossenen Vertrag der Vollmachtgeber berechtigt und verpflichtet; und zwar entsteht die rechtliche Verbindlichkeit für den Vollmachtgeber sofort, da der Vertrag rechtlich als der des Mandans gilt. Hierin zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen dem späteren gemeinen Recht und dem römischen Recht.[37])

Im Gegensatz zum römischen war im germanischen Recht bis ins 13. Jhdt. die außergerichtliche Stellvertretung des freien Mannes unbekannt.[1]) Man erachtete es als Ehrensache, in allen Lebenslagen für eigne Angelegenheiten persönlich einzustehen. Es war demnach jeden Mannes Recht und Pflicht, selbst seine Rechte wahrzunehmen.[2])

Hierbei bediente man sich entsprechend der germanischen Rechtssymbolik bestimmter Formen.

Im Gegensatz zum römischen Formalkontrakt, bei dem die Schrift oder Worte gebraucht wurden, bestand die Form des germanischen Rechtsgeschäftes im Gebrauch gewisser Wahrzeichen (dreibeiniger Stuhl, kurzer Holzstab u. a.) und der der Natur des Rechtsgeschäftes entsprechende Handlungen.[3]) Auch im Prozeßwesen konnte eine Stellvertretung deswegen nicht statthaben, weil eben der Rechtsgang den Redekampf und sonstige prozessuale Handlungen der Parteien selbst verlangte.[4]) Indes begann in der fränkischen Zeit für das Königsgericht der Gedanke einer Stellvertretung Boden zu gewinnen, indem der König im Bedürfnisfall eine Vertretung der Parteien zulassen konnte, obwohl volksrechtlich allgemein im ordentlichen Verfahren eine solche nicht möglich war. Hier liegen die Anfänge der späteren Wand-

---

37) Buchka, Stellv. 242; Dernburg, Pand. I 281.

1) Heusler A., Institutionen des deutschen Privatrechts I², Leipzig 1905, 203; Amira K. v., Grundriß des germ. Rechts³, Straßburg 1913, 221 ff. (Neudruck 1919); Schröder R., Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte⁷, Leipzig 1932, 776; Schwerin Cl. Frh. v., Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, München 1934, 28.

2) Heusler, Inst. 203; 210; Amira, Grundriß 221.

3) Amira 222 f.; Grimm J., Deutsche Rechtsaltertümer I⁴, Leipzig 1922, 168 ff.; Schröder, Rechtsgeschichte 64 ff.

4) Amira 266 ff.; Brunner H., Deutsche Rechtsgeschichte I², Leipzig 1906, 251 ff.; Schwerin, Grundzüge 28 ff.

lung. Der Vorsprecher der fränkischen Zeit aber war keineswegs als Stellvertreter der Partei zu fassen, stand vielmehr neben ihr.[5]) Beim außerordentlichen Rechtsgang entwickelte sich im sogenannten Gastprozeß allgemach aus praktischen Notwendigkeiten eine Stellvertretung, da der Gerichtsfremde Sprache und Recht des Gerichtsortes unter Umständen nicht kennen und sich Eideshelfer aus der Zahl der Einheimischen nicht beschaffen konnte.[6]) Für die juristischen Personen, die der Muntgewalt Unterworfenen, wie für Frauen oder noch nicht zu ihren Jahren gekommenen Kinder, mußte selbstverständlich eine Stellvertretung bei Rechtsgeschäften Platz greifen; im Prozeßgang war sie seit dem 13. Jhdt. in steigendem Maße, zunächst unter Einwirkung der Stadtrechte, praktisch anerkannt.[7])

Erst mit der allmählichen Rezeption des römischen Rechtes fanden unter dem bestimmenden Einflusse der zivilistischen und kanonistischen Glossatoren und ihrer Lehre von der Korporation bzw. den juristischen Personen neben der prozessualen auch die allgemein rechtsgeschäftliche Stellvertretung Eingang und Anerkennung im deutschen Recht und in seinen Gesetzeswerken. Diese wie namentlich die Rechtsdoktrin bauten die fremden Gedanken immer mehr aus und landeten mehr oder weniger am Ufer des gemeinen Rechtes.[8])

---

5) Brunner, Rechtsgeschichte II², Leipzig 1928, 465 ff.; Schwerin, Grundzüge 95.

6) Schwerin, Grundzüge 205.

7) Schröder, Rechtsgeschichte 348; 802; 817; 845.

8) Gierke O., Das deutsche Genossenschaftsrecht III, Berlin 1881 (Neudruck 1925), 645; 732; 756 f.; Schwerin, Grundzüge 233 ff.; 243 ff. — Man vgl. z. B. den Codex Maximilianeus Bavaricus civilis 1756 Th. 4 Cap. 9 § 7; oder Das Preußische Allgemeine Landrecht 1794 I, 13; den Code civil von 1804 Art. 1997; das österr. Allgem. Bürgerl. Gesetzbuch von 1811 § 1017; Deutsches Bürgerl. Gesetzbuch v. 1896 § 164. Vgl. Buchka, Stellvertr. 228 u. 230.

Lebenslauf

Am 2. November 1896 wurde ich als Sohn der Eheleute Gutsbesitzer Heinr. Wilhelm Kradepohl und Maria Magdalena geb. Glasmacher auf Gut Hochfeld, Kreis Jülich, geboren. Ich bin katholisch und arisch. Während der Jahre 1917 bis Kriegsende war ich zum vaterländischen Hilfsdienst eingezogen. Juli 1919 erhielt ich das Abitur. Von Herbst 1919 bis Herbst 1923 studierte ich in Bonn Philosophie und Theologie. Ostern 1923 legte ich die theologische Abschlußprüfung ab. Am 14. August 1924 empfing ich im Dom zu Köln die heilige Priesterweihe.

Zuerst war ich Kaplan in Haaren bei Aachen, dann in Aachen (St. Foillan und St. Michael). Seit dem 14. Mai 1931 bin ich Domvikar an der Kathedralkirche zu Aachen, bischöfl. Geheim- und Bistumssekretär.

Vorlesungen hörte ich an der Universität Bonn bei den Herren Professoren: Behn, Clemen, Crome, Dyroff, Ehrhard, Feldmann, Felten (†), Fischer, Geyer, Herkenne, Hünermann, Junglas (†), Koeniger, Neuß, Rademacher, Reiners, Schwer, Tillmann, Vogels und Wentscher. Allen spreche ich meinen aufrichtigen Dank aus, besonders dem hochw. Herrn Prof. Dr. Koeniger, von dem die Anregung zu meiner Dissertation ausgegangen ist.